

LA SOCIEDAD CONYUGAL. UNA PERSPECTIVA DINÁMICA^{1*}

JORGE ULLOA PLAZA^{2*}

I) INTRODUCCIÓN:

La presente ponencia tiene por objeto presentar una visión de la sociedad conyugal que he dado en denominar “dinámica”, en la medida en que el análisis va asociado a los diversos momentos que esta institución puede presentar dentro de la relación jurídica patrimonial de los cónyuges. El objetivo de este análisis es mostrar aquello que creo que, hasta el momento, suele permanecer oculto al intentar explicar esta institución.

Durante los años que llevo impartiendo la cátedra de derecho de familia, siempre uno de los temas que más complicaciones me produce como profesor -y sin duda que mayor cantidad de complicaciones les produce a los alumnos- es la sociedad conyugal. Ello, por múltiples razones: algunas de carácter político, en la medida en que afirmaciones como “el marido es el jefe de la sociedad conyugal”, si bien son jurídicamente exactas, no son políticamente correctas; algunas de carácter jurídico, en tanto no existe certeza respecto de la naturaleza jurídica de la misma, llegando a concluirse generalmente que se trata de una institución “sui generis”, que es casi lo mismo que decir que no se sabe lo que es; y otras simplemente de carácter ideológico en la medida en que se suele señalar que la sociedad conyugal trasunta una manifiesta desigualdad y discriminación en contra de la cónyuge casada

¹ * Conferencia impartida en el marco de las Sextas jornadas de Derecho Civil, de la Universidad Gabriela Mistral

² * Licenciado en Ciencias Jurídicas, abogado, Magíster en filosofía mención axiología y filosofía política, Académico Universidades de Atacama y Central de Chile. Más información ver página Web <http://jorgeulloa.cl3k.com>

bajo ese régimen, respecto de su marido. Lo que a su vez, se traduce en una discriminación genérica de la mujer respecto de los hombres.

Cómo ustedes comprenderán, no es fácil -sobre todo a una alumna mujer- que le haga sentido el hecho de que si tiene un auto antes de casarse, lo más probable es que, salvo que lo excluya en una capitulación matrimonial, dicho auto pase a formar parte de la sociedad conyugal por la regla del 1725 N° 4, y que por lo tanto el dominio del mismo se radique en el patrimonio del marido.

Así, esta ponencia tiene por objetivo mostrar una manera de explicar jurídicamente la sociedad conyugal, que a su vez, pretende aportar luces a las razones políticas e ideológicas que, imposibles de soslayar, suelen acompañar su análisis.

II LA ACTUALIDAD DE LA DISCUSIÓN:

Cabe preguntarse, por qué se hace necesario un intento de reformulación del análisis de la sociedad conyugal en la actualidad, respecto de lo cual consignaré los siguientes hechos:

- a) El 7 de agosto de este año, el profesor Pablo Rodríguez Grez publicó en el Diario El Mercurio, un artículo relativo a la sociedad conyugal, en el cual si bien promovía algunas reformas al régimen, abogaba por que este fuere mantenido en su estado actual dentro de nuestro sistema normativo. “Convengo en la necesidad de modificar algunas disposiciones legales que regulan la sociedad conyugal, principalmente para simplificarla y hacerla más accesible al conocimiento y cumplimiento espontáneo de las normas jurídicas. Asimismo, para ampliar las facultades de la mujer en la administración de sus bienes propios (aquellos inmuebles que ella posee al momento de contraer matrimonio), pudiendo, incluso, excluirse al marido de toda injerencia en ello. Más todavía, me parece fundamental generar estímulos tributarios y fiscales para inducir a los cónyuges a contraer matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal (hoy sucede precisamente lo contrario), de modo de fortalecer el matrimonio en lugar de desalentarlo.”³
- b) Dicha publicación generó a su vez respuesta en la Ministra del Servicio Nacional de la Mujer, Laura Albornoz, señalando que dicho régimen

³ Pablo Rodríguez Grez <http://www.todopolitica.cl/?fecha=2009-08-07&post=7493>

resultaba claramente discriminatorio para la mujer y además recordó que actualmente en nuestro Congreso Nacional -específicamente en el Senado, en segundo trámite constitucional- hay un proyecto de reforma destinado a privar al régimen de sociedad conyugal del carácter que se suele denominar de “legal supletorio”, dejando a los esposos, contrayentes o cónyuges la posibilidad de pactar el régimen de sociedad conyugal, sea durante las capitulaciones matrimoniales otorgadas previo a la celebración del matrimonio, sea en el acto del matrimonio e inclusive sustituir alguno de los otros regímenes por la sociedad conyugal, durante la vigencia del matrimonio, respectivamente. Sobre este proyecto, -no obstante no ser la materia principal de este estudio- cabe señalar que deroga orgánicamente el régimen de participación en los gananciales, establece como régimen legal supletorio un nuevo sistema que denomina de “comunidad de gananciales”, el que -sin perjuicio de tener siempre a la vista la advertencia del maestro Fueyo en orden a que la variedad de regímenes matrimoniales resulta innumerable, ya que: “a unas estructuras básicas, con cierta individualidad propia, se añaden modalidades que podríamos llamar híbridas, pues toman algo de acá y de allá, combinadamente. Diríamos que esto último es lo que prima en las legislaciones reformadas de los últimos años; en cambio en los libros doctrinariamente, se insiste en las estructuras más bien puras como ajenas a combinaciones múltiples”⁴ - se puede señalar que se trata de lo que la doctrina suele identificar con un régimen de Comunidad restringida de ganancias únicamente: En esta modalidad, se formaría a término del régimen, un haber común con los bienes existentes al término, sean muebles o inmuebles, adquiridos por cualesquiera de los cónyuges como consecuencia de títulos onerosos. No obstante esto, durante la vigencia del régimen y a diferencia de la sociedad conyugal actual, los patrimonios del marido y la mujer se mantienen separados y cada uno de ellos administra, goza y dispone libremente de lo suyos, salvo las clásicas limitaciones relativas a enajenación o promesa de enajenación de bienes raíces, así como arrendamiento y tenencia de los mismos. A su vez, se incluye una restricción en lo relativo a obligarse a favor de terceros u otorgar cauciones respecto de los mismos. Sin embargo, no queda claro el momento en que existe la comunidad, ya que de la redacción de proyecto, parece ser que sólo hay comunidad al momento del término del régimen. En una paradoja digna de nuestros legisladores el proyecto expresa, en su artículo 155-1, “El régimen de comunidad termina:” y en el artículo siguiente 155-2 prescribe “Terminado el régimen, se forma una comunidad”.

⁴ Fueyo Laneri Fernando, “Problemática general del régimen patrimonial del matrimonio”, Págs. 1 a 12, RDJ, Tomo 82, I parte

- c) Sobre este punto, resulta necesario realizar una breve comparación con lo que ocurre en nuestra vecina nación del Perú, la cual en su innovador y moderno Código Civil de 1984, establece un libro completo dedicado al Derecho de Familia (libro III), y dentro de él, al regular el régimen que denomina “de sociedad de gananciales”, establece en su Art. 292: *“La representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por los cónyuges...”* A su vez, el Art. 313 relativo a la administración del patrimonio social establece: *“Corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social. Sin embargo, cualquiera de ellos puede facultar al otro para que asuma exclusivamente dicha administración respecto de todos o de algunos de los bienes”*(30). Lo que a su vez también excluye de la administración del haber propio de la mujer al marido. Así, en su Art. 303 dispone: *“Cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos”*(31). En este régimen “los bienes sociales constituyen, en buena cuenta, un “patrimonio autónomo”, que no pertenece ni al marido ni a la mujer, ni en forma material, ni en cuotas ideales y para el cual el ordenamiento jurídico establece reglas especiales que permiten el ejercicio de los atributos inherentes al derecho de propiedad, con determinadas características particulares. Es así como se configura, en estos casos, lo que podríamos denominar “régimen de propiedad en el matrimonio”⁵. Nada de eso está presente en el proyecto en actual discusión. No resulta existir lo que la legislación peruana llama “sociedad”, sino que al contrario, se puede concluir que los cónyuges son tratados durante la vigencia del régimen entre sí meramente como acreedores condicionales suspensivos, no existiendo patrimonio social durante la vigencia del régimen, sino sólo –reitero– una comunidad de ganancias al término del mismo. Sin perjuicio de lo anterior, y volviendo a la cuestión relativa a la actualidad de la discusión referida a la sociedad conyugal, viene al caso señalar que, como ustedes saben, este año nuestro país se sometió por primera vez al examen periódico universal de derechos humanos que realizan las Naciones Unidas. En dicho examen -específicamente en la quinta sesión, en el párrafo 26 de Conclusiones y recomendaciones- las Naciones Unidas recomendaron: *“Continuar y profundizar el segundo Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres y la Agenda de Equidad de Género del Gobierno para eliminar completamente la discriminación*

⁵ Olga María Castro Perez-Treviño y Luis García García. En: Derecho & Sociedad N°20 <http://blog.pucp.edu.pe/item/23938>

contra la mujer en el trabajo, los cargos directivos, la administración de la propiedad conyugal y la sociedad en su conjunto (Uruguay); ”⁶.

- d) Cabe recordar a su vez, que ya en el 2007 *“el Comité de Derechos Humanos expresó preocupación por la legislación que discriminaba a las mujeres en su capacidad de administrar su patrimonio, como el régimen supletorio de sociedad conyugal. Recomendó a Chile que no tardara en aprobar la ley que abroga la sociedad conyugal como régimen legal supletorio y a sustituirlo por la comunidad en los gananciales”⁷. Sobre este particular, resulta pertinente señalar que el Estado chileno intentó derogar la sociedad conyugal, al enviar el proyecto original que posteriormente se convertiría en la ley 19.335 que creó el régimen de participación en los gananciales y los bienes familiares. Sin embargo, si rememoramos el mensaje presidencial durante la tramitación de dicho proyecto de la indicación sustitutiva enviado al Congreso Nacional con fecha 27 de Octubre de 1992, este señala que “Hubiera sido mejor haber sustituido el régimen de sociedad conyugal por el que este proyecto propone. El régimen de participación se habría constituido, de esa suerte, en el régimen supletorio de la voluntad de los contrayentes del acto matrimonial y se habría suprimido el actualmente existente evitándose, con ello, las múltiples disfunciones e incoherencias que él introduce en el ordenamiento jurídico privado. Con todo, esa iniciativa -la de sustituir la sociedad conyugal por la participación crediticia- no cuenta con las mayorías constitucionalmente requeridas. Así entonces, y conscientes que en democracia lo que estimamos deseable sólo es posible si concita los acuerdos necesarios, venimos ahora en modificar el proyecto de ley primitivamente presentado, para sustituirlo por otro que, en vez de establecer la participación como régimen supletorio, la instituye nada más como un régimen al que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y en tutela de sus propios intereses, los cónyuges podrán acceder.”⁸.*
- e) Por último, baste agregar que de los 57. 404 matrimonios que se celebraron en Chile durante el año 2008, más del 50% se contrajeron bajo

⁶ V Sesión del Consejo de Derechos Humanos Génova DEL 4 al 15 de mayo. Párrafo 26. de sus conclusiones y recomendaciones

⁷ Consejo de Derechos Humanos Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal Quinto período de sesiones Ginebra, 4 a 15 de mayo de 2009. Recopilación preparada por la oficina del alto comisionado para los derechos humanos con arreglo al párrafo 15 b) del anexo de la resolución 5/1 del consejo de derechos humanos*Chile

⁸ Mensaje del poder ejecutivo con indicaciones sustitutivas de fecha 27 de Octubre de 1992

el régimen de sociedad conyugal, esto es 31.645 de ellos, 24.307 pactaron separación de bienes y sólo 1443 pactaron participación en los gananciales. A su vez, sólo 6922 matrimonios durante el mismo periodo sustituyeron la sociedad conyugal por el régimen de separación de bienes⁹. Lo que nos lleva a concluir que la sociedad conyugal, sigue siendo en la práctica el régimen de bienes que mayoritariamente se contrae al momento de casarse, y que no más del 15% de los que viven bajo dicho régimen, lo cambian.

La pregunta es entonces: No obstante las recomendaciones de la ONU y la opinión política de los gobiernos de la Concertación ¿Por qué los chilenos prefieren el régimen de sociedad conyugal?.

Una primera respuesta nos suele señalar que los sujetos que contraen matrimonio concurrirían a la celebración del mismo desinformados respecto de los regímenes posibles del matrimonio. Sin embargo, creo que esa afirmación no es plausible, así por ejemplo un estudio de la Universidad de Buenos Aires concluyó que las mujeres chilenas son las segundas en Sudamérica en retrasar su matrimonio. En 1998, las parejas que aceptaban el vínculo legal lo hacían cuando ellas tenían 26 y ellos 30 años, en promedio. “Una década después, la realidad es diferente. Ahora ellas se casan, en promedio, a los 30 años y ellos lo hacen a los 34. En el caso de las mujeres, en todo caso, se trata de un fenómeno más nuevo que en el de los hombres, pero igualmente notorio. Su creciente preparación profesional y autonomía económica han sido claves. Tanto, que durante la última década también se duplicó el número de mujeres que se casan por primera vez después de los 40 años, pasando de 4% en 1995 a 10% en 2007.”¹⁰ Sinceramente, teniendo a la vista estas cifras, me parece bastante discriminador el juzgar que la mujer llega desinformada al matrimonio. Hay que darles un poco de crédito a los ciudadanos. Por lo demás, es bueno recordar que la ley consagra el deber del oficial del Registro Civil, de dar noticia sobre los regímenes patrimoniales del matrimonio, verbalmente o por escrito, sin perjuicio de los cursos destinados al efecto consagrados por la ley.

Entonces, el desafío de la perspectiva dinámica parece ser menos el buscar por qué ocurre el fenómeno, y más explicar e intentar justificar jurídicamente la sociedad conyugal.

⁹ Fuente: Servicio de Registro Civil, Chile. http://www.registrocivil.cl/f_estadisticas_enfoque_de_genero.html

¹⁰ www.tercera.cl/contenido/27_48433_9.shtml 07/09/2008 -

Para ello, propongo hacer un análisis en tres tiempos, ya que la sociedad conyugal misma es un fenómeno relacional marital que se desenvuelve en el tiempo, afecto a los avatares de la economía doméstica, nacional y en este mundo globalizado -bien lo sabemos los chilenos-, inclusive a los avatares de la economía mundial.

1 LA SOCIEDAD CONYUGAL, AL MOMENTO DE SU INICIO.

Se suele señalar que la sociedad conyugal es el régimen legal y supletorio de carácter patrimonial del matrimonio. Sin embargo, creo que esta denominación correcta en términos descriptivos, pierde de vista lo siguiente.

- a) La sociedad conyugal se puede pactar en las capitulaciones previas a la celebración del matrimonio por medio de escritura pública, subinscrita al margen del acta matrimonial, lo que se denomina una convención dependiente, caso en el cual su origen no es propiamente legal, sino que claramente convencional. Son los esposos los que libre, espontánea e informadamente la pactan.
- b) La ley señala que la sociedad conyugal se *contrae* por el hecho del matrimonio, si los contrayentes no pactan un régimen alternativo. Creo que este es el punto clave. En efecto, y sin perjuicio de la polémica relativa a la naturaleza jurídica del matrimonio, y señalando desde ya que a mi juicio de trata sólo de un contrato, dirigido pero contrato. Resulta ser que entonces la sociedad conyugal es un elemento de la naturaleza del contrato de matrimonio. Por consiguiente un elemento del pacto y en ese sentido contenido del acuerdo de las partes. ¡O es que a alguno de los que se encuentra aquí y se ha casado, no le preguntaron por el tipo de régimen en la diligencia de manifestación o en el acto mismo de celebración! Entonces, son las partes la que pactan la sociedad conyugal, no es la ley la que lo asigna arbitrariamente como se suele políticamente argumentar. Así por ejemplo, en el blog de la corporación Humanas, en respuesta a Pablo Rodríguez se señaló: “La opción no es mantener a las mujeres falsamente protegidas con el patrimonio reservado, sino tratarlas como sujetos de derechos, capaces de decidir.”¹¹ Reitero mi pregunta: ¿acaso la sociedad conyugal, no supone una toma de decisión? Yo creo que sí.
- c) La sociedad conyugal se puede pactar dentro de la vigencia del matrimonio. Excepcionalmente, en el caso de matrimonios celebrados en el

¹¹ Olea Helena, Abogada Corporación Humanas <http://www.humanas.cl/blog/?p=454>

extranjero, los cuales si bien se miran como separados de bienes, pueden en el momento de inscribir su matrimonio en Chile, pactar la sociedad conyugal. Como se ve, nuevamente la sociedad conyugal resulta de un pacto.

¿A qué nos puede llevar este análisis? A lo menos a percatarnos que es la propia mujer la que le confiere al marido el usufructo de sus bienes propios, así como la administración de los mismos. Inclusive, es también la propia mujer, la que elige tener patrimonio reservado. Entonces la pregunta es ¿Por qué la mujer acuerda todo esto? Para lo cual se hace necesario pasar al segundo momento de la visión dinámica.

2 DURANTE SU VIGENCIA.

Sin duda, esta es la etapa respecto de la cual más se ha escrito a propósito de la sociedad conyugal. En efecto, una visión estática de la misma suele acotar la pregunta por la naturaleza jurídica a este momento. Y a propósito de ello, se ha intentado dar múltiples respuestas. Por cuestiones de tiempo voy a acotar este análisis a lo que sobre el particular expresa Ramos Pazos, en tanto, "Varias explicaciones se han dado. Se le ha querido asimilar al contrato de sociedad, a la comunidad, o a una persona jurídica." Para posteriormente terminar concluyendo que, "la sociedad conyugal no es sociedad, no es comunidad, no es persona jurídica. Se trata de una institución sui generis con características propias"¹².

Sin embargo, creo que algo más se hace necesario decir.

- a) La sociedad conyugal no tiene patrimonio, -lo que descarta por lo demás las explicaciones que buscan asimilarla a una persona jurídica, cualquiera sea el tipo de esta-, Luego, en la medida en que no es un sujeto jurídico -a lo menos en nuestro sistema no se puede afirmar que tenga patrimonio, o cómo se suele señalar, que existen tres patrimonios, el del marido, el de la mujer, y el de la sociedad-, esa afirmación lleva a error. Sólo existen dos patrimonios, porque dos son los sujetos relacionados, los cónyuges. Entonces, ¿dónde están los bienes y las obligaciones sociales? Los bienes sociales están en el patrimonio del marido. Tanto los haberes absolutos como relativos, así como los pasivos reales y aparentes, durante la vigencia de la sociedad se radican en el patrimonio del marido. La pregunta es ¿cómo es justificable que dichos bienes se radiquen en el patrimonio del marido? Pondré un ejemplo: durante la vigencia de

¹² Ramos Pazos Rene, Derecho de Familia, Págs.143-144 Edit Jurídica

la sociedad conyugal la mujer recibe un legado de dinero y le comenta al marido, que le gustaría comprar una casita en la playa. Como se sabe, el dinero de dicho legado, si no se ha excluido expresamente, radicaría en el patrimonio del marido, dentro del haber relativo por la regla del 1725 N° 4. El marido, decide por tanto con dicho dinero, adquirir un bien raíz en la playa, lo que se conoce como la segunda vivienda. Desde el momento en que adquiere el bien, por tratarse de un título oneroso, radicaría en el haber absoluto el bien raíz. Llegado febrero, la mujer y los niños esperan el día en que se sale de vacaciones, y el marido al llegar a la casa le dice a la mujer que no se van a poder ir a la casa en la playa, porque se lo presto a su compadre de la oficina durante todo enero para que se fuera de vacaciones con su amante ¿Está legitimado el marido para realizar esta conducta? En principio parece que sí. El marido no necesita autorización de la mujer para ceder la tenencia de bienes raíces por un mes. Sin embargo, pregunto: ¿la legitimidad de la actuación del marido se agota en que no requiere autorización?. Modifico el ejemplo, a ver si les puedo graficar mi idea: el marido llega a la casa, la mujer y los niños le esperan para partir a la playa. El marido le señala a su mujer que no pueden ir a la playa, porque le arrendó la casa a su jefe en 2 millones de pesos por todo enero, dinero que le permite prácticamente pagar al contado la escolaridad anual de los hijos comunes. ¿Son iguales las hipótesis? ¿Es igualmente legítima la primera que la segunda actuación del marido? Claramente no.

En realidad, en el primer caso el marido está burlando la administración, y en la segunda se está comportando como un administrador responsable ¿Qué está haciendo el marido en el segundo caso que no lo hace en primero? Está contribuyendo a las necesidades de la familia en común, porque en la sociedad conyugal ese deber es preferentemente del marido, porque así lo pactaron con su mujer. Lo que nos puede llevar a concluir que los bienes y obligaciones que radican en el patrimonio del marido a consecuencia de la sociedad conyugal, no radican ahí pura y simplemente, sino que en realidad radican sujetos a modo, ya que el marido en el ejercicio de su cargo de jefe, debe sujetarse a la carga de contribuir a las necesidades de la familia en común. Recuerdo aquí el artículo 1089 de las asignaciones modales “Si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo, con la obligación de aplicarlo a un fin especial. Como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esa aplicación es un modo”¹³ En consecuencia, creo que durante su vigencia la sociedad conyugal puede explicarse plausiblemente cómo bienes y obligaciones afectan a un fin en el patrimonio del marido y que dicho fin

¹³ Art. 1089. Código Civil Chileno.

está señalado por la propia ley como el de contribuir a las necesidades de la familia común. No hay que olvidarse que, por ejemplo, el marido le puede terminar pagando alimentos a la suegra.

¿Qué permite esta interpretación? A mi juicio, permite darse cuenta del rol del marido dentro de la sociedad conyugal. Se trata por un lado de un dueño y un administrador de los bienes sociales, pero tanto respecto del dominio como respecto de la administración esta afecta a modo. En otras palabras, no se trata de un dueño puro y simple. Esta es la razón de que esté limitado en su administración y sea el legitimado pasivo de la acción de separación judicial de bienes. A su vez, y tratándose de los bienes de la mujer, reconocer la afectación de los bienes, permite justificar el llamado usufructo legal del marido sobre los bienes de la mujer, ya que no los usufructúa y administra porque sí, sino porque los debe destinar a contribuir a las necesidades de la familia. Y la que cedió el usufructo de ellos fue la propia mujer al pactar el régimen. Prueba de ello, es que el marido es por lo demás deudor a plazo de los bienes de la mujer, ya que a la época de disolución debe restituirlos y sí, al igual que con los bienes sociales, los mal administra o lo hace fraudulentamente, o no cumple con los deberes personales de matrimonio, la mujer al ser, por regla general la titular de la acción de separación judicial de bienes, puede en tanto acreedora, hacer caducar el plazo y extinguir el usufructo por vía consecuencial a la extinción de la sociedad conyugal. Sin perjuicio de lo anterior, cabe agregar que además la mujer puede perseguir la declaratoria judicial, sea de la separación judicial, sanción o divorcio. Sanción en estos casos, por trasgresión al deber de socorro, que en el caso de la sociedad conyugal se consagra en el Art. 1740 N°5 como deuda de pasivo real.

3 AL MOMENTO DE SU DISOLUCIÓN.

Como se sabe, la sociedad conyugal puede terminar por causales taxativas, dentro de las cuales -con el sólo objetivo de destacar algunas ideas ya señaladas, a lo menos en dos de ellas- nuevamente la voluntad de la mujer juega un rol preponderante. En efecto, la sociedad se puede disolver por el pacto de los cónyuges o también por la declaratoria de separación judicial, la cual según se vio, tiene -salvo el caso excepcionalísimo del Art. 19 de la ley de abandono de familia- la legitimación activa para accionar de separación judicial.

Sin embargo, de lo que cabe hacerse cargo es de cuáles son los efectos jurídicos que genera la disolución.

Sobre este punto, existe consenso respecto de la formación de una comunidad. Sin embargo, dicha afirmación debe tener a la vista varias hipótesis diversas, y destacarse el rol que la voluntad de la mujer juega en ellas:

- a) Que exista comunidad va a depender de que existan gananciales, ya que puede ocurrir que la sociedad conyugal sólo registre pérdidas, o sólo haya deudas, caso en el cual la ley prescribe -Art. 1778- que *“el marido es el responsable del total de las deudas de la sociedad, salvo su acción contra la mujer para el reintegro de la mitad de estas deudas”*. A su vez, hay que entender este artículo relacionado con el beneficio de emolumento de que goza la mujer y que le protege haciéndole responsable sólo de las deudas hasta su monto de gananciales.
- b) También va a depender de que la mujer no renuncie a los gananciales, caso en el cual, nuevamente es su voluntad la que juega y ella, o sus herederos, son los que pueden hacer subsistir los efectos de la sociedad conyugal y la partición de la comunidad conforme a esas reglas. El punto es ¿Cuándo le convendría a la mujer esta renuncia? Me parece que debiera limitarse la posibilidad de la mujer de renunciar previo a la celebración del matrimonio en una capitulación matrimonial. Creo que sólo debería permitírsele este derecho después de disuelta la sociedad a efectos de que la voluntad que actúa la renuncia se encuentre informada y, obviamente, la decisión final va a depender de múltiples factores. Sin embargo, a primera vista se podría señalar que en aquellos casos ya vistos -en que sólo hay pérdidas o deudas, más el caso en que la mujer con cargo a su patrimonio reservado, tenga mayores ganancias que el marido- a la mujer o sus herederos les convendría renunciar a los gananciales.
- c) En el caso en que la mujer no renuncie a los gananciales, y siempre que existan ganancias, se puede hablar propiamente de una comunidad. Pero cabe destacar que en procedimiento de liquidación de la misma, la mujer no es una comunera común, sino que una comunera preferente. Como se sabe, se entiende que acepta con beneficio de inventario, tiene derecho a retirar sus bienes propios antes que el marido, no responde de las deudas sociales ante terceros y además cuenta con el beneficio de emolumento. Sin perjuicio de lo anterior, tiene pleno derecho a intervenir en la administración de la comunidad mientras esta no se liquide.

Por último, señalaré sobre el proceso de liquidación lo siguiente: recordemos que he planteado que durante la vigencia del régimen, existían en el patrimonio del marido bienes y obligaciones afectos al fin de contribuir a la familia común, por lo que cabe preguntarse de qué modo se liquidan los

derechos a recompensas recíprocos entre los cónyuges que se encontraban afectados en el haber relativo y en el pasivo aparente. Respecto de la mujer, cabe señalar que esos créditos a su favor se compensarían con lo que ella a su vez le debiere al marido en razón de pasivo aparente, y si existieren saldos a favor o en contra se liquidan en dinero. Respecto del marido es donde la hipótesis resulta muy curiosa, ya que sí el marido tuviere un derecho a recompensa que reclamar causado en el haber relativo a su favor y, a su vez, cómo se suele decir la sociedad hubiere afrontado una deuda personal del marido, el modo de explicar sus extinciones sería por confusión. En la medida en que como la sociedad se ha disuelto, los créditos y obligaciones en cuestión generados del derecho de recompensa quedaron desafectos al fin de contribuir a las necesidades de la familia común en el patrimonio del marido, y cómo un crédito y su correlativo obligacional no pueden encontrarse en un mismo patrimonio, se extinguen en principio por el modo señalado, sin perjuicio de los eventuales saldos a favor o en contra.

III. CONCLUSIONES

- 1) La sociedad conyugal y su naturaleza jurídica es un tema de relevancia actual tanto a nivel legislativo, como social.
- 2) En nuestro país la mayor parte de los que contraen matrimonio o hacen bajo ese régimen.
- 3) La perspectiva dinámica permite mostrar como injustificada la crítica de tratarse esencialmente de un régimen discriminatorio para con la mujer, ello en la medida en que ésta permite destacar el rol preponderante que la voluntad de la mujer juega en las diversas etapas de la relación patrimonial conyugal.
- 4) A su vez, dicha visión muestra cual es la función que el marido debe cumplir dentro del régimen, en que no se trata ni de un dueño puro y simple, así como tampoco de un administrador ordinario, sino que sujeto a la carga de sujetar sus actuaciones a contribuir a las necesidades de la familia común.
- 5) También es necesario destacar el rol fundamental que la voluntad de la mujer juega a la época de disolución del régimen. Ya que además de la opción de renunciar a los gananciales, sí es que eligen quedarse con su patrimonio reservado, en el caso de optar por la comunidad, estamos en presencia de una comunero preferente.

- 6) Por último, quiero aclarar que no es esta una ponencia que busque una defensa acérrima del régimen de sociedad conyugal. Es claro que el régimen es perfectible, que podría reformularse como una coadministración, o que al menos en el caso de la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, esta se le otorgue a la mujer no es su calidad de curadora, sino en su calidad de cónyuge. Lo único que se pretende es desprejuiciar el análisis. A modo de anécdota, les puedo contar que sobre todo en los cursos vespertino -donde uno se encuentra con mujeres que están casadas bajo sociedad conyugal- debo señalarles, que en general, su estado se desánimo originario, con la mirada acusadora de sus compañeras solteras o casadas bajo separación de bienes, termina en una frente en alto ante aquellos que le acusaban de incautas o desinformadas cuando ya la materia de la sociedad conyugal está llegando a su fin. No pretendo obliterar ni minimizar la profunda desigualdad que nuestro sistema institucional aún muestra en cuestiones de género, pero creo que en materia de régimen patrimonial, lo que se requiere es más información y de mejor calidad, así cómo no rotular temerariamente a la mujer casada bajo sociedad conyugal del modo en que magistralmente "Los Prisioneros" la retrataren. "Eres ciudadana de segunda clase, sin privilegios y sin honor. Porque yo doy la plata estás forzada a rendirme honores y seguir mi humor. Búscate un trabajo, estudia algo, la mitad del sueldo y doble labor."¹⁴

Se requiere, por tanto, un cambio de paradigma más profundo que la derogación de la sociedad conyugal. Se requiere acoger lo femenino en tanto femenino, remediar, por ejemplo que "el Informe Mundial de Desarrollo Humano de 1995, dedicado especialmente al tema, constató que las mujeres realizan más de la mitad del total del tiempo de trabajo en el mundo. Del total del tiempo de trabajo masculino, las tres cuartas partes corresponden a actividades remuneradas, mientras que del tiempo de trabajo de la mujer, sólo un tercio obtiene remuneración. Si se estimara el aporte de todas las actividades económicas no remuneradas realizadas por mujeres y se asumiera la subvaloración de las actividades remuneradas, el producto mundial se incrementaría en alrededor de 11 billones de dólares. Es por ello que se dice que "las mujeres cuentan, pero no se contabilizan."¹⁵

Así, en Chile, "Estudios del Instituto Nacional de Estadísticas, INE, señalan que las mujeres perciben, en promedio, sólo el 75,1% del ingreso de los hombres cuando realizan el mismo trabajo. La encuesta de remuneraciones y

¹⁴ González Jorge, "Corazones rojos", Los Prisioneros.

¹⁵ <http://www.desarrollohumano.cl/idhc/wwwroot/genero/desarrollo.htm>

costos de la mano de obra del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) al 2001, muestra que la diferencia de remuneraciones entre hombres y mujeres alcanza al 31,1%, por cada \$ 1.000 que gana un hombre, una mujer gana \$ 689 por igual trabajo.”¹⁶ Es de esperar que la nueva ley 20348 permita aumentar los ingresos de las mujeres, y consecuentemente sus patrimonios reservados. De ser así, sin duda que la sociedad conyugal va a ser un instrumento jurídico tremendamente ventajoso para la mujer.

¹⁶ <http://www.bcn.cl/de-que-se-habla/igualdad-de-remuneraciones-hombres-y-mujeres>

CRÓNICA

